

Rechtsprobleme der internationalen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und Wettbewerbsbehörden in Drittstaaten

Vortrag

von

Philipp Zurkinden*

anlässlich der EVER-Veranstaltung vom 5. Juli 1997, Europa-Institut der Universität des Saarlandes

* Philipp Zurkinden, Rechtsanwalt, LL.M.Eur., ist im Sekretariat der schweizerischen Wettbewerbskommission tätig. Er gibt nachfolgend ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

A. Einleitung

Die Wahl des Themas meines Vortrages erfolgte einerseits aus dem Grunde, daß ich seit meinem Weggang aus Saarbrücken vor fast fünf Jahren - danach war ich längere Zeit in Brüssel und dann wieder zu Hause in der Schweiz - mich ausschließlich mit Wettbewerbsrecht beschäftige. Zum zweiten liegt das Thema auch in meiner Staatsangehörigkeit begründet. Die Schweiz als in der Sache weitgehend ausgeschlossener, geographisch aber mitten in Europa gelegener Staat hat an derartige Themen aus naheliegenden Gründen ein spezielles Interesse.

B. Problemstellung

In einer zunehmend verflochtenen Weltwirtschaft oder, wie in letzter Zeit immer wieder betont wird, in einer durch die Globalisierung der Märkte geprägten Wirtschaft, sind u.a. auch erhöhte Anforderungen an die Vorrichtungen zum Schutze des Wettbewerbs gefordert. So werden einerseits in den einzelnen Staaten effizientere Wettbewerbsregeln eingeführt werden. Ich darf in diesem Zusammenhang auch auf das am 1. Juli des vergangenen Jahres in Kraft getretene totalrevidierte schweizerische Kartellgesetz hinweisen, mit dem wesentlich schärfere Instrumente zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt wurden und das sich bereits in seiner erst einjährigen Geltungsdauer sehr bewährt hat.¹

Die erwähnte weltwirtschaftliche dynamische Entwicklung und die damit zusammenhängende Internationalisierung der Wirtschaft bringen aber andererseits gleichzeitig in wettbewerbspolitischer Hinsicht in immer stärkerem Maße Probleme für die Wettbewerbsbehörden mit sich und zwar bei der Verfolgung von Sachverhalten, die im eigenen Gebiet den Wettbewerb beeinträchtigen, sich aber im Ausland ereignen.

Wie nachfolgend dargelegt wird, vermag das in diesem Zusammenhang regelmäßig angerufene Auswirkungsprinzip bzw. das Institut der extraterritorialen Anwendung von Wettbewerbsrecht diese Probleme nicht zu lösen.

I. Das Auswirkungsprinzip

Das Auswirkungsprinzip gilt in der Tat als sinnvolle Anknüpfung für wettbewerbsrechtliche Normen und dient damit als Grundlage für die Beanspruchung der Regelungs- und Verfahrenszuständigkeit in grenzüberschreitenden Wettbewerbssachen. Auf die Frage, ob sich dieser Grundsatz international überall, insbesondere auch in der Europäischen Gemeinschaft, durchgesetzt hat, kann hier nicht näher eingegangen werden. Ein Großteil der Lehre bejaht diese Frage. Analysiert man die Praxis, so kann festgestellt werden, daß sich das Auswirkungsprinzip, vielleicht mit Ausnahme von Großbritannien, in den meisten Rechtsordnungen zumindest im Ergebnis durchgesetzt hat. Wenn ich sage „im Ergebnis“, so ist damit die Situation in der EU gemeint. Während sich die Europäische Kommission seit langer Zeit zum Auswirkungsprinzip bekennt, hat sich der EuGH dieser Meinung bisher (noch) nicht explizit angeschlossen. Insbesondere durch seine Argumentation im *Zellstoffurteil*² vom 27. September 1988, welche für die Beantwortung der Anknüpfungsfrage

¹ Das neue Gesetz wurde, in dem nach schweizerischem Verfassungsrecht möglichen Rahmen, in den wichtigsten Punkten an das EG-Wettbewerbsrecht angepaßt.

² EuGH v. 27.9.1988 - *Zellstoff*, verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117, 125 - 129/85, Slg. 1988, 5913.

auf die Durchführung der in Frage stehenden Handlungen abstellt, hat er sich aber nach überwiegender Auffassung³ zumindest im Ergebnis ebenfalls für das Auswirkungsprinzip entschieden.

Das Auswirkungsprinzip hat zur Folge, daß die Wettbewerbsbehörde ihre Wettbewerbsrechtsordnung auf jeden Sachverhalt anwenden kann, der sich auf ihrem Gebiet auswirkt und die Tatbestände der eigenen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erfüllt, auch wenn sich dieser Sachverhalt nicht auf dem eigenen Gebiet abspielt.

Hier sei kurz bemerkt, daß bereits der erste Entscheid der Kommission mit extraterritorialer Wirkung ausgerechnet ein Schweizer Unternehmen betraf⁴, womit das eingangs erwähnte Interesse der Schweiz an diesem Thema noch einmal unterstrichen wird.

Der völkerrechtliche Ansatz des Auswirkungsprinzips ist allerdings ein rein theoretischer, dessen Umsetzung in der Praxis, wie im nächsten Abschnitt aufgezeigt wird, enorme und zur Zeit zu einem großen Teil noch ungelöste Probleme aufwirft.

II. Probleme bei der praktischen Umsetzung des Auswirkungsprinzips

Ein erstes Problem bei der praktischen Umsetzung des Auswirkungsprinzips ergibt sich daraus, daß das Anwenden der eigenen Wettbewerbsordnung auf ausländische Sachverhalte noch lange nicht auch die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln bedeutet oder - wie bereits der zuständige Generalstaatsanwalt in seinen Schlussanträgen im *Zellstoffurteil* richtig feststellte - daß „Befehlen noch nicht Zwingen“ ist.⁵

Damit ist nichts anderes gesagt als daß von der Anwendung von materiellen Wettbewerbsregeln auf ausländische Sachverhalte bzw. ausländische Unternehmen die effektive Durchsetzung dieser Regeln klar zu trennen ist.⁶ Dabei ist nicht nur die Durchsetzung eines allfälligen materiellen Endentscheides gemeint. Die Probleme der Wettbewerbsbehörden beginnen bereits viel früher und zwar damit, daß sie die ihnen nach ihren jeweiligen Verfahrensgesetzen zustehenden Ermittlungsbefugnisse außerhalb ihres Territoriums aus völkerrechtlichen Gründen grundsätzlich nicht durchsetzen können. Die ausschließliche Territorialhoheit eines jeden Staates bewirkt, daß die Vornahme von Hoheitsakten im Ausland verboten ist, es sei denn der betroffene Staat willigt ein. Die entsprechenden Grundsätze gehen bekanntlich auf das *Lotus-Urteil*⁷ des Ständigen Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1927 zurück.

Die entscheidende Frage lautet daher, wann ein derartiger völkerrechtswidriger (Hoheits-)Akt vorliegt. Die Lehre ist sich in dieser Frage nicht einig. Häufig wird allerdings die Unzulässigkeit von Durchführungsmaßnahmen auf fremdem Territorium mit dem Zwangselement verbunden, d.h. daß diese nur dann unzulässige hoheitliche Akte darstellen, wenn für den Fall, daß die betroffenen Rechtssubjekte sich weigern, den Anordnungen der ausländischen Behörden nachzukommen, Zwang (z.B. Geldbußen etc.) angedroht wird.⁸

³ Vgl. *Werner Meng*, Vorbemerkungen zu den Art. 85-89, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Baden-Baden 1991, 1366ff.

⁴ Entscheid *Grosfillex* vom 11. März 1964, Abl. Nr. 58 vom 9. April 1964, S. 915ff.

⁵ Vgl. die Schlussanträge von Generalstaatsanwalt *Darmon* im *Zellstoffurteil*, a.a.O. (Fn 2), S. 5220.

⁶ Vgl. statt vieler *Werner Meng*, Extraterritorialer Anwendungsbereich, S. 1352.

⁷ StIGHE 5, S. 71ff.

⁸ Vgl. *Meng*, a.a. (Fn 3), S. 1378f.

Die Schweiz hat in diesem Zusammenhang seit jeher eine sehr strikte Haltung eingenommen. So ist (oder soll) nach Aussage der Brüsseler Wettbewerbsbehörde, die Schweiz weltweit das einzige Land (sein), das die direkte Zustellung von Auskunftsbegehren, in denen Art. 11 der VO Nr. 17/62⁹ erwähnt wird, an Unternehmen in der Schweiz ablehnt. Art. 11 der VO Nr. 17 regelt die Modalitäten der Auskunftsverlangen und droht Strafsanktionen im Falle der Verweigerung zumindest indirekt an.¹⁰

Als Grundsatz kann festgehalten werden, daß die zwangsbewehrte Durchführung von Hoheitsakten auf fremdem Gebiet ohne Zustimmung des betroffenen Staates völkerrechtlich unzulässig ist, was die betroffenen Wettbewerbsbehörden vor enorme Probleme stellt.

II. Die Notwendigkeit einer Lösung des Problems

Es braucht nicht näher begründet zu werden, daß die praktische Umsetzung des Auswirkungsprinzips somit zwingend Lösungen bedarf. Bleiben die erwähnten Probleme ungelöst, wird die untersuchende Behörde zu mitunter völkerrechtlich zumindest diskutablen Mitteln greifen müssen. Die Europäische Kommission beispielsweise stellt in Sachverhalten, in denen die in Frage stehenden ausländischen Unternehmen keinen Sitz oder einen (dritten) Zustellungsbevollmächtigten im Gemeinsamen Markt haben, Rechtsakte einfach bei allfällig in der Gemeinschaft domizilierten Tochterunternehmen zu. Ebenso werden, im Rahmen von Ermittlungsverfahren, Auskünfte oder Dokumente bei Töchtern in der Gemeinschaft eingeholt und es werden gar Bußgelder bei Tochtergesellschaften mit Sitz in der Gemeinschaft eingefordert.

Ohne auf die Problematik hier im Detail eingehen zu wollen, erscheint zumindest fraglich, ob die Zustellung von Rechtsakten an Töchter zu Händen der außerhalb der Gemeinschaft domizilierten Mutter in jedem Fall rechtsgenügend ist. Zum anderen ist die Frage berechtigt, inwiefern eine Tochtergesellschaft tatsächlich verpflichtet werden kann, Auskünfte zu geben bzw. Dokumente herauszugeben, die die Mutterunternehmen betreffen, aber nach normalen Umständen gar nicht im Besitz der Tochtergesellschaft sind bzw. sein müssen und ob sie zudem bei Nicht-Herausgabe von derartigen Informationen oder Dokumenten mit Bußgeldern belegt werden kann.

Im Zusammenhang mit der Schweiz ist aus meiner Sicht auch fraglich, ob beispielsweise eine gegen ein schweizerisches Unternehmen ohne Tochtergesellschaft oder Zustellungsbevollmächtigten in der Gemeinschaft gerichtete Bußgeldentscheidung, etwa wegen Verletzung der Auskunftspflicht, überhaupt gemeinschaftsrechtlich zulässig wäre. Würde die EU in ihren Auskunftsverlangen gegenüber schweizerischen Unternehmen tatsächlich auf die Erwähnung von Art. 11 VO Nr. 17/62 verzichten, so wäre sie bereits nach Gemeinschaftsrecht nicht befugt, eine Bußgeldentscheidung nach Art. 15 VO Nr. 17/62 zu

⁹ Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962; ABl. Nr. L 13 vom 21.2.1962, S. 204/62. Sie beinhaltet die Verfahrensordnung der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Sachverhalten nach Artikel 85 und 86 EGV.

¹⁰ Art. 11 Abs. 3 VO Nr. 17/62 weist darauf hin, daß die Europäische Kommission in ihrem Auskunftsverlangen die Rechtsgrundlage und den Zweck des Verlangens sowie die in Art. 15 Abs. 1 lit. b der gleichen Verordnung für den Fall der Erteilung einer unrichtigen Auskunft vorgesehenen Zwangsmaßnahmen erwähnen soll. Abs. 5 von Art. 11 sieht zudem vor, daß, falls die betroffenen Unternehmen nicht fristgerecht vollständig Auskunft erteilen, die Kommission sie durch Entscheidung anfordern kann. Die ablehnende Haltung der Schweiz erscheint damit unter diesen Vorzeichen bis zu einem gewissen Grad als verständlich.

erlassen, da sich letzterer Art. explizit auf Art. 11 bezieht.¹¹ Selbst wenn nun aber die EU - wie bisher ständige Praxis - auch in Zukunft Art. 11 in den Auskunftsverlangen erwähnt, muß berechtigterweise die Frage gestellt werden, ob die direkte Zustellung überhaupt rechtsgültig ist, denn wenn es sich bei dem betreffenden Auskunftsverlangen tatsächlich um einen hoheitlichen Akt handelt und die Schweiz in diesen nicht einwilligt, so handelt es sich um eine völkerrechtswidrig vorgenommene Zustellung. Auch in diesem Fall wäre somit die Durchsetzung einer solchen Verfügung nach Gemeinschaftsrecht bzw. nach dem zur Vollstreckung anwendbaren nationalen Recht zumindest zweifelhaft.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Kommission im Fall *Tretorn*¹², in welchem ein schweizerisches Unternehmen nie auf Auskunftsverlangen (mit Erwähnung von Art. 11 der VO Nr. 17/62) reagierte, tatsächlich eine Bußgeldentscheidung erließ. Das schweizerische Unternehmen besaß in der Gemeinschaft keine Niederlassung, doch hätte die Europäische Kommission die Möglichkeit gehabt, Importe dieses Unternehmens in die Europäische Gemeinschaft zu verarrestieren, was aber nie erfolgt ist. Aus diesem, was die Schweiz betrifft, bisher einmaligen Fall zu folgern, daß die Europäische Kommission bei der konsequenten Durchsetzung ihrer Rechtsordnung in derartigen Fällen doch eine gewisse Unsicherheit erkennen läßt, wäre wohl etwas anmaßend, doch zeigen diese Ausführungen ganz signifikant, daß die unklare Rechtslage für alle Beteiligten unbefriedigend ist; dies einerseits für die untersuchenden Behörden, aber auch und insbesondere für die beteiligten Unternehmen.

Die praktische Umsetzung des Auswirkungsprinzips birgt aber noch weitere Probleme. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit entsprechenden wettbewerbsschädlichen Auswirkungen in verschiedenen Hoheitsgebieten besteht eine akute Gefahr von parallelen Verfahren. Die Probleme, die daraus entstehen können sind nicht erst seit dem Fall *Novartis*¹³ bekannt. Was geschieht, wenn die Wettbewerbsbehörden in ihren verschiedenen parallelen Verfahren zu widersprüchlichen Ergebnissen, Entscheiden oder Urteilen kommen? Derartige Ergebnisse können verheerende Folgen zeitigen. Im erwähnten Fall *Novartis* gab es derartige Probleme vor allem zwischen der Europäischen Kommission und den amerikanischen Wettbewerbsbehörden.¹⁴ In der Tat hatte die Europäische Kommission diesen Zusammenschluß mit nur wenigen Auflagen genehmigt, während die amerikanischen Behörden die Genehmigung an zum Teil gewichtige Bedingungen knüpfte. Ein ähnlicher Fall zwischen der Europäischen Kommission und der amerikanischen Wettbewerbsbehörde zeichnete sich im Fusionsfall *Boeing/Mc Donnell* ab. Diesmal allerdings mit umgekehrten Vorzeichen. Die amerikanische *Federal Trade Commission* hatte die „Monsterfusion“ ohne irgendwelche Auflagen genehmigt, was nicht sonderlich überraschte, handelte es sich bei den Beteiligten bekanntlich um amerikanische Unternehmen. Die Europäische Kommission hatte noch kurz vor ihrer Entscheidung gegen den Zusammenschluß, der einen Substanzwert von immerhin 14 Milliarden Dollar hatte und durch den der mit Abstand größte Flugzeughersteller der Welt entstehen sollte, bereits schwere Bedenken geäußert. Trotzdem hat sie dann in der Folge den Zusammenschluß gebilligt und sich damit vor enormen völkerrechtlichen Problemen bewahrt.¹⁵

¹¹ Vgl. vorhergehenden Abschnitt.

¹² ABl. Nr. L 378 vom 31.12.1994, S. 45.

¹³ Entscheid *Ciba Geigy/Sandoz* vom 17. Juli 1996, ABl. Nr. L 201 v. 29. Juli 1997, S. 1ff.

¹⁴ Mit der Schweiz gab es deshalb kein Problem, weil der Zeitpunkt des Zusammenschluß so gewählt war, daß er vom eingangs erwähnten neuen Kartellgesetz, das in der Schweiz endlich die schon lange ersehnte präventive Fusionskontrolle brachte, aufgrund der darin enthaltenen Übergangsregeln nicht erfaßt werden konnte.

¹⁵ Entscheid vom 30. Juli 1997, ABl. Nr. L 336 v. 8.12.1997, S. 16ff.

Anzumerken gilt schließlich, daß die erwähnten Probleme zwischen den Wettbewerbsbehörden innerhalb der EU praktisch nicht auftreten, da das Verhältnis zwischen ihnen im EG-Vertrag und anderen einschlägigen Erlassen ausführlich geregelt ist. Es gilt das Primat des EG-Wettbewerbsrechts. Die Einleitung von Verfahren durch die Europäische Kommission wird den Mitgliedstaaten unverzüglich gemeldet. Es findet ein umfassender Informationsaustausch statt und die Kommission kann innerhalb des Gemeinsamen Marktes z.B. Auskunftsverlangen direkt zustellen, Nachprüfungen vornehmen.

Auch innerhalb des EWR bestehen Regeln, welche die Zuständigkeit zwischen den verschiedenen Wettbewerbsbehörden regeln (die Zuständigkeitsregelung zwischen der ESA und der Europäischen Kommission findet sich in Art. 56 und 57 des EWR-Abkommens, die Modalitäten der Zusammenarbeit in den Protokollen 23 und 24 zum EWR-Abkommen. Der Informationsaustausch beispielsweise geht auch hier sehr weit. Ebenso können grundsätzlich Untersuchungshandlungen auf dem Gebiet der jeweils anderen Behörde durchgeführt werden.

Problematisch ist - wie aus dem Titel meines Referats hervorgeht - lediglich das Verhältnis zwischen der Europäischen Kommission und Wettbewerbsbehörden in Drittstaaten.

IV. Lösungsvorschlag

Die wohl einfachste Lösung der soeben geschilderten Problematik wäre die Schaffung einer globalen supranationalen materiell- und verfahrensrechtlichen Wettbewerbsordnung. Trotz entsprechender Anläufe, insbesondere von *Ulrich Immenga*¹⁶, der eine derartige internationale Wettbewerbsordnung in Form eines völkerrechtlichen Vertrags vorgestellt hat, der durch Umsetzung in nationales Recht überall wirksam würde, muß angenommen werden, daß es auch in absehbarer Zukunft kaum möglich sein dürfte, den internationalen Wettbewerb einer supranationalen wettbewerbsrechtlichen Ordnung zu unterstellen. Aus diesem Grund bleibt als einzig gangbare Lösung zur effizienten Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in internationalen Sachverhalten die Kooperation zwischen den einzelnen Wettbewerbsbehörden.

Allererste Grundvoraussetzung für eine fruchtbare Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich besteht darin, daß eine grundsätzliche Übereinstimmung der wettbewerbspolitischen Sichtweise zwischen den kooperierenden Wettbewerbsordnungen bzw. -behörden besteht, was eigentlich keiner weiteren Erläuterung bedarf.

Ausgehend von den erläuterten Problemen bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von internationalen Sachverhalten kann hier eine Liste von Punkten aufgestellt werden, die von einer derartigen Kooperation idealerweise erfüllt werden sollten:

1. Die gegenseitige Verpflichtung zur Unterrichtung über die Eröffnung von Verfahren oder die Durchführung von Untersuchungshandlungen, welche in irgendeiner Weise die Interessen des Kooperationspartners betreffen;
2. die gegenseitige Verpflichtung zu umfassendem Informationsaustausch;
3. die gegenseitige Verpflichtung zur Hilfeleistung bei Ermittlungen auf dem Gebiet des anderen Kooperationspartners;

¹⁶ *Immenga*, Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung, in: U. Immenga/W. Möschel/D. Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 593ff. (599).

4. die gegenseitige Verpflichtung zur Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen generell bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln im Inland (sog. *traditional* oder *negative comity*);
5. die gegenseitige Verpflichtung, wonach, bei Bestehen eines Sachverhaltes auf dem Gebiet eines Kooperationspartners, der auf dem Gebiet des anderen Partners wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigt, der erstere Kooperationspartner im Rahmen seiner eigenen Wettbewerbsordnung, aber im Interesse des anderen Kooperationspartners, den inländischen Sachverhalt verfolgt (die sog. *positive comity*), wenn er darum vom anderen Kooperationspartner ersucht wird. In diesem Fall wäre eine extraterritoriale Anwendung von Wettbewerbsrecht (oder z.B. auch Ziffer 3. oben) gar nicht mehr nötig;
6. der Kontakt muß direkt zwischen den Wettbewerbsbehörden erfolgen und nicht über irgendwelche diplomatischen Kanäle.

V. Formen der Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden kann informeller Natur sein oder auf der Basis von bilateral oder multilateral verfaßten Verträgen oder Empfehlungen erfolgen.

Die informell gehaltene Kooperation kann im Rahmen eines bloßen Gedankenaustauschs, *ad hoc* oder anläßlich von regelmäßigen Treffen erfolgen. Sie kann die Behandlung von allgemeinen wettbewerbspolitischen Themen enthalten, aber auch bis zur gegenseitigen Hilfe oder Koordinierung von (parallelen) Verfahren in konkreten Einzelfällen reichen. Die Vor- und Nachteile dieser Zusammenarbeitsform liegen auf der Hand. Als Vorteil kann gewertet werden, daß die Behörden sich nicht an ein rechtlich vorgegebenes Schema halten müssen und damit nicht an einen bestimmten Rahmen gebunden sind. Die Vorteile der Wettbewerbsbehörde können allerdings auch als Nachteil der betroffenen Unternehmen ausgelegt werden, der in der fehlenden Transparenz liegt. Die informelle Kooperation kann aber auch Nachteile für die beteiligten Behörden haben. Das Fehlen eines rechtlichen Rahmens bewirkt, daß das "ob" und das "wie" die Zusammenarbeit durchgeführt wird nie klar geregelt ist und von heute auf morgen Änderungen erfahren oder die Zusammenarbeit sogar abgebrochen werden kann. Zudem bleiben die Wettbewerbsbehörden ohne bi- oder multilateralen Vertrag in jedem Fall weiterhin den Grenzen des nationalen Rechts verpflichtet, die u.U. die internationale Kooperation enorm eingrenzen können.

Spiegelbildlich lassen sich die Vor- und Nachteile der bi- oder multilateralen Kooperationsformen folgendermaßen erkennen: ein inhaltlich vorgegebener rechtlicher Rahmen, der Transparenz und im Normalfall bestimmte Rechte vermittelt, der aber gleichzeitig auch den Rahmen fest absteckt.

Welche Formen der Zusammenarbeit pflegt die EU zur Zeit mit Wettbewerbsbehörden in Drittstaaten?

Als multilaterale Kooperationsregelung ist insbesondere zu nennen:

1. Die OECD-Empfehlung über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken vom Juli 1995¹⁷

Wie der Titel bereits sagt, handelt es sich hier lediglich um rechtlich unverbindliche Empfehlungen. Diese sehen insbesondere die Meldung von Verfahrenseröffnungen, Untersuchungshandlungen usw. an allfällig davon betroffene Mitgliedstaaten, die Koordinierung von parallelen Wettbewerbsverfahren (gegenseitige Bekanntgabe des geplanten Untersuchungsablaufs, Austausch von Fakten und Analysen usw.), die generelle Kooperation zur wirksameren Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken (Hilfeleistung zur Erlangung von Informationen bzw. Ausführen von Ermittlungsmaßnahmen im eigenen Hoheitsgebiet - nach dem eigenen Verfahrensrecht -, zu Gunsten des ersuchenden Staates usw.), die Befugnis des durch Maßnahmen von Wettbewerbsbehörden aus anderen OECD-Mitgliedstaaten betroffenen Staates zur dortigen Intervention bzw. Stellungnahme sowie die Möglichkeit der Konsultierung eines anderen Mitgliedstaats, in dessen Gebiet eine wettbewerbsbeschränkende Praktik erfolgt, welche die Interessen des konsultierenden Mitgliedstaates in schwerer Weise verletzt. Weiter ist für den Fall der Uneinigkeit bei der Durchführung der in den Empfehlungen geregelten Kooperation ein Schlichtungsverfahren vorgesehen. Im Zusammenhang mit dem Austausch von Informationen werden explizit die Geheimhaltungsvorschriften vorbehalten, d.h. die Weitergabe von Informationen wird den Mitgliedstaaten nur insoweit empfohlen, als sie die nationalen Geheimhaltungsvorschriften nicht verletzt.

Unter den bilateralen Kooperationsabkommen werden hier folgende kurz dargestellt:

2. Die mit EFTA-Staaten abgeschlossenen Freihandelsabkommen der EU

Die praktische Relevanz der Freihandelsabkommen (FHA) im Zusammenhang mit wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalten ist nur sehr gering. Insbesondere die EU zieht es vor, ihr eigenes Wettbewerbsrecht auf Sachverhalte mit Auslandsbezug anzuwenden, dies auch dann, wenn grundsätzlich die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von FHA gegeben wären. Obwohl die Bedeutung der FHA mit dem Beitritt von ehemaligen EFTA-Staaten zur EU bzw. zum EWR noch weiter gesunken ist, bleibt hier festzustellen, daß die Formulierung der einschlägigen Abkommensvorschriften sehr weit gehalten sind. So statuieren die FHA zur Prüfung von wettbewerblich relevanten Sachverhalten Verfahren, die eine enge Zusammenarbeit zwischen den Parteien enthalten. So sieht beispielsweise das FHA mit der Schweiz in Art. 27 i.V. mit Art. 23 einen umfassenden Informationsaustausch vor, ohne irgendwelche Geheimhaltungsgrenzen zu erwähnen.

3. Das Abkommen zwischen der EU und den USA über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln¹⁸

Hier handelt es sich wohl um das bekannteste bilaterale Kooperationsabkommen der EU. Inhaltlich ist die Anlehnung an die OECD-Empfehlungen evident. So ist auch in diesem Abkommen ein Meldungsgebot an den jeweils anderen Kooperationspartner in denjenigen

¹⁷ Ratsempfehlung der OECD vom 27./28. Juli 1995 über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken, die den internationalen Handel beeinträchtigen.

¹⁸ Beschluß des Rates und der Europäischen Kommission vom 10. April 1995; ABl. Nr. L 95 vom 27. April 1995, S. 45f. Der Wortlaut des Abkommens findet sich auf den S. 47ff.

Fällen vorgesehen, in denen eine Wettbewerbsbehörde erkennt, daß wichtige Interessen der anderen Partners berührt sein können. Dies ist gemäß Abkommen normalerweise dann gegeben,

- wenn die Untersuchungstätigkeit des einen Kooperationspartners für Untersuchungen des anderen relevant sind;
- wenn die Untersuchungstätigkeit Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, die in einem wesentlichen Teil des Gebietes des anderen Kooperationspartners ausgeübt werden;
- wenn ein oder mehrere der am untersuchten Zusammenschluß beteiligten Unternehmen im Gebiet des anderen Kooperationspartners ihren Sitz haben;
- wenn die Untersuchung ein Verhalten zum Gegenstand hat, von dem anzunehmen ist, daß es vom anderen Kooperationspartner gefördert oder zumindest gebilligt wird;
- oder wenn die Untersuchung Maßnahmen beinhaltet, die das Verhalten der beteiligten Unternehmen im Gebiet des anderen Kooperationspartners in einem bedeutenden Ausmaß beeinflussen können.

Der Zeitpunkt der Meldung wird für die Verhaltens- und die Strukturkontrolle separat festgelegt. Ebenso findet sich ein Gebot zum Austausch von Informationen, wobei die Art der Informationen allgemeiner Natur sein oder sich auf einen konkreten Fall beziehen kann. In bezug auf letztere Kategorie hat jeder Kooperationspartner dem anderen - ohne daß ersterer dazu aufgefordert werden muß - wichtige Informationen über wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte zu liefern, die seinen Wettbewerbsbehörden bekannt werden und für die Behörden des anderen Partners von Wichtigkeit sein können; ebenso muß jeder Partner dem anderen auf Verlangen diejenigen in seinem Besitz befindlichen Informationen liefern, die für Untersuchungshandlungen der Wettbewerbsbehörden des verlangenden Kooperationspartners relevant sind. Die Geheimhaltungsinteressen und entsprechende Gesetzesvorschriften bleiben allerdings auch hier vorbehalten.

Die sog. *negative comity* ist der Art verankert, daß jeder Kooperationspartner in jedem Untersuchungsstadium die Interessen des anderen Partners angemessen zu berücksichtigen hat. Auch soll jeder Kooperationspartner den anderen in der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen dessen, was seine Gesetze, Ressourcen und Interessen erlauben, unterstützen und bei parallelen Untersuchungen von miteinander verbundenen Sachverhalten soll eine Koordinierung erfolgen. Bei Sachverhalten, die im Gebiet des einen Kooperationspartners erfolgen, aber wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen (auch) im Gebiet des anderen Partners haben, kann letzterer den anderen anfragen, daß dessen Wettbewerbsbehörden Verfahren eröffnen bzw. allfällig bereits eröffnete Verfahren ausweiten, wobei es im Ermessen des angefragten Kooperationspartners liegt, der Anfrage zu entsprechen. Damit ist in diesem Abkommen auch die eingangs erwähnte sog. *positive comity* enthalten.

4. Europa-Abkommen zwischen der EU und Mittel- und Osteuropäischen Staaten

Weiter zu nennen sind die zehn bisher ergangenen Europa-Abkommen zwischen der EU und Mittel- und Osteuropäischen Staaten.

In die jeweiligen Europa-Abkommen sind, neben der allgemeinen Verpflichtung der Mittel- und Osteuropäischen Staaten, ihr Recht (auch im Wettbewerbsbereich) an dasjenige der EU anzugleichen, auch Wettbewerbsregeln aufgenommen worden. Diese entsprechen den Wettbewerbsregeln der EU und sind auch nach den letzteren ausulegen. Zur Durchführung dieser Wettbewerbsregeln werden jeweils spezielle Bestimmungen erlassen. Diese Durchführungsbestimmungen sehen folgendes vor: zum einen eine gegenseitige Meldung in Fällen, die in die Zuständigkeit beider Wettbewerbsbehörden (Europäische Kommission einerseits und die jeweilige nationale Wettbewerbsbehörde andererseits) fallen. Andererseits ist eine gegenseitige Konsultationsmöglichkeit vorgesehen im Falle von wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalten im Gebiet der anderen Behörde, die wichtige Interessen der konsultierenden Partei berühren. Zusätzlich sind Informationsersuchen auch in solchen Fällen möglich, die in die ausschließliche Zuständigkeit nur eines Kooperationspartners fallen, wobei jeglicher Informationsaustausch unter dem Vorbehalt der Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvorschriften des angefragten Kooperationspartners stehen. Alle Kontakte, die in den Durchführungsbestimmungen vorgesehen sind, erfolgen direkt zwischen den Wettbewerbsbehörden, ohne Zwischenschaltung der jeweiligen diplomatischen Vertretungen.

VI. Analyse

Analysiert man die bestehenden formalisierten Zusammenarbeitsformen, so kommt man zu keinem befriedigenden Resultat.

Sowohl die OECD-Ratsempfehlung als auch die dargestellten Abkommen der EU verfolgen ungefähr die gleichen Ziele: es geht um den Austausch von Informationen rechtlicher und tatsächlicher Natur, welche allgemeiner Art sein oder einen bestimmten Einzelfall betreffen können. Weiter sollen die Kooperationspartner dazu gebracht werden, bei der Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken, welche in ihrem Gebiet durchgeführt werden, sich aber vor allem im Gebiet des anderen Partners negativ auswirken, effizient zusammenzuarbeiten, indem entweder erstere Kooperationspartner für den letzteren selbst ein Verfahren einleiten oder ein bereits bestehendes ausweiten (sog. *positive comity*) oder diesem bei der Ermittlung des Sachverhalts behilflich sind. Generell sollen zudem bei der Durchführung eigener Verfahren allfällige Interessen der anderen Kooperationspartner (Wettbewerbsbehörden) mitberücksichtigt werden (sog. *negative comity*). Weiteres Hauptziel der erwähnten Abkommen bildet die Koordinierung von parallelen Verfahren.

Bei einem Vergleich mit dem vorhin in einer Liste zusammengefaßten Idealinhalt fällt auf, daß wichtige Punkte fehlen:

So werden die Ziele der Abkommen zum einen deshalb nicht erreicht, da die Abkommen nicht zwingender Natur sind oder zumindest keine Durchsetzungsmöglichkeiten enthalten. Die Kooperationspartner sind nicht rechtlich bindend verpflichtet, zu Gunsten des anderen Abkommenspartners irgendwelche Maßnahmen selbst zu ergreifen oder diesem in sonstiger Art und Weise behilflich zu sein. Da nützt es wenig, daß sowohl die OECD-Empfehlung oder das Abkommen der EU mit den USA inhaltlich sehr weit gehen, wenn jedem Kooperationspartner grundsätzlich freisteht, was er machen will. Paradebeispiel bildet die *positive comity*-Regelung im Abkommen mit den USA, das denn auch bisher insbesondere von den Amerikanern nur ungenügend befolgt wurde. Aus diesem Grund soll in den nächsten Tagen vom Rat ein Ergänzungsabkommen mit den USA über die *positive comity*-Verfahren verabschiedet werden. Der Ende Juni vorliegende Entwurf enthält aber m.E. lediglich

Präzisierungen des bereits bestehenden Abkommens. Substantiellen Fortschritte im Sinne von effektiven Verpflichtungen der Partner zur *positive comity* wurden nicht erreicht. Der Souveränitätsgedanke geht also offenbar doch deutlich weiter als das Interesse am Schutz des Wettbewerbs.

Zum zweiten ist die Erreichung der gesteckten Ziele dadurch erschwert, daß die Abkommen zumeist zwischen Staaten bzw. Regierungen abgeschlossen sind und direkte Kontakte zwischen den Wettbewerbsbehörden nicht immer vorgesehen sind. Letztere sind aber für eine effiziente, rasche Kooperation unabdingbar.

Der Hauptgrund für die unbefriedigende Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich dürfte aber darin liegen, daß kein genügender Informationsaustausch möglich ist. Haupthindernisse dazu sind die nationalen Vorschriften über den Geheimnisschutz. Da die diversen Kooperationsabkommen allesamt (mit Ausnahme der Freihandelsabkommen) die nationalen bzw. EG-Geheimnisschutzbestimmungen vorbehalten, können die insbesondere für die Behandlung von konkreten wettbewerbsschädlichen Sachverhalten notwendigen Informationen nicht ausgetauscht werden. Als geheim gelten im allgemeinen diejenigen Informationen, die von den Unternehmen selbst geliefert und nicht zugleich öffentlich zugänglich sind. Unter derartigen Vorzeichen können wohl bloß Marktdaten oder -analysen, die von den Wettbewerbsbehörden intern oder beispielsweise von einer *Consulting*-firma erarbeitet werden, ausgetauscht werden. Bei parallelen Verfahren sind etwa Informationen über das geplante *Timing* des Verfahrens denkbar. Meinungsaustausch über die rechtliche Qualifizierung dürfte hingegen nur auf abstrakter Ebene erfolgen, indem beispielsweise auf die bisherige Rechtsprechung verwiesen wird. Ein umfassenderer Informationsaustausch kann hier nur dann erfolgen, wenn die betroffenen Unternehmen dem Austausch explizit zustimmen.

C. Schlußbemerkung

Die Analyse führt zum etwas kühnen und vielleicht auch etwas provokativen Schluß, daß die in den verschiedenen Abkommen geregelte Zusammenarbeit in der Substanz, bei entsprechendem Willen der einzelnen Staaten bzw. Wettbewerbsbehörden, auch ohne explizite Regelung, d.h. auf informeller Basis möglich wäre, da die bestehenden völkerrechtlichen und nationalen Hindernisse für eine effiziente Kooperation im Wettbewerbsbereich in diesen Abkommen nicht gelöst werden. Der Vorteil solcher Abkommen liegt bestenfalls in einer systematischen Reglementierung oder Darstellung bestimmter Vorgehensweisen der Zusammenarbeit und in der Publizität, die einen gewissen Druck auf die Abkommenspartner zur Kooperation erzeugen kann. Eine wirksame Kooperation kann aber damit nicht erreicht werden. Es ist auch bezeichnend, daß der beispielsweise in den Europa-Abkommen der EU mit den Mittel- und Osteuropäischen Staaten und in der OECD-Ratsempfehlung zusätzlich für Fälle der Uneinigkeit bei der Umsetzung der Abkommen vorgesehene Schlichtungsmechanismus praktisch nie angewendet wird.

Aus schweizerischer Sicht in erster Linie interessant bleibt nach wie vor das FHA mit der EU.¹⁹ Wie bereits erwähnt, ist allerdings auch dieses FHA in der Praxis bisher weitgehend „toter Buchstabe“ geblieben. Hauptgrund für die praktische Irrelevanz dieses Abkommens

¹⁹ Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juli 1972; ABl. Nr. L 300 vom 31. Dezember 1972, S. 189.

liegt weniger im Inhalt der einschlägigen Vorschriften begründet als vielmehr darin, daß die EU es aus verständlichen Gründen vorzieht, ihr eigenes Wettbewerbsrecht auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des FHA gegeben wären. Zudem nimmt die Bedeutung dieser Abkommen aufgrund der zunehmenden EU-Beitritte weiter ab. Nichtsdestotrotz spricht einiges dafür, in entsprechenden Fällen, den darin vorgesehenen Kooperationsmechanismus einzuleiten.

D. Ausblick

Abschließend ein Blick in die Zukunft. Zur Zeit sind innerhalb der OECD Diskussionen im Gang, welche insbesondere das zentrale Problem des Geheimnisschutzes betreffen. Als vielversprechend erscheinen die Bestrebungen, in bezug auf die sog. harten Kartelle den Geheimnisschutz zu lockern. Es ist eine Empfehlung geplant, die von den Mitgliedstaaten den Erlaß von Gesetzen verlangt, welche einerseits eine härtere Gangart gegenüber harten Kartellen enthalten und andererseits die Wettbewerbsbehörden ermächtigen, im Rahmen der Untersuchung von solchen Kartellen, ausländischen Wettbewerbsbehörden geheime Informationen zu liefern bzw. diesen bei der Erlangung von Informationen und Dokumenten im eigenen Gebiet zu helfen. Zur Erreichung letzteren Ziels wird den Mitgliedstaaten empfohlen, entsprechende bi- oder multilaterale Abkommen abzuschließen. Diese Bestrebungen aber auch entsprechende Entwicklungen innerhalb der WTO könnten in der internationalen Kooperation von Wettbewerbsbehörden große Fortschritte bringen.

Lassen Sie mich noch ein letztes Wort zur Schweiz sagen, besser gesagt eine Klarstellung. Die Schweiz fühlt sich in Bezug auf die Kooperationsmöglichkeiten mit der Europäischen Kommission in Wettbewerbssachen nicht etwa benachteiligt; den Status als Drittstaat hat sie sich schließlich selbst zuzuschreiben. Selbst in dieser Situation ist sie aber nicht völlig verlassen. Die informellen Kontakte mit der Europäischen Kommission haben sich im Laufe des ersten Jahres der Geltung unseres neuen Gesetzes laufend verbessert, dank der bekannten freundlichen und entgegenkommenden Haltung der Vertreter der GD IV in Brüssel. Die Tatsache, daß die effektiven Resultate der bestehenden formellen Abkommen, wie gerade vorhin festgestellt, aufgrund der erwähnten Mängel häufig nicht weiter gehen als eine informelle Zusammenarbeit, „beruhigt“ uns einerseits, spornt uns aber andererseits umso mehr an, selber aktiv in der Frage der internationalen Kooperation von Wettbewerbsbehörden mitzuarbeiten, sei es innerhalb der OECD oder der WTO oder direkt bilateral mit der Europäischen Kommission.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!